

Von *Akrich* über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug

- Gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Urt. v. 25.7.2008 -

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

***Astrid Epiney*, Von *Akrich* über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug – Gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Urt. v. 25.7.2008, EuR 2008, S. 840-858. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

I. Einleitung

Am 25. Juli 2008 erließ die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs – in einem vom irischen High Court ausgelösten Vorabentscheidungsverfahren – ein in seiner Bedeutung kaum zu überschätzendes Urteil zur Frage der Anwendungsvoraussetzungen der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, die in der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie)¹, niedergelegt sind. Die wesentliche Rechtsfrage in diesem Urteil geht dahin, ob sich ein drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Unionsbürgers, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, auch dann auf die Familiennachzugsregeln berufen kann, wenn er sich vorher gerade nicht (rechtmäßig) im Unionsgebiet aufgehalten hat. Das Urteil bejaht – unter (teilweiser) Abkehrung von seiner bisherigen Rechtsprechung – diese Frage und legt den Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Familiennachzug damit im Ergebnis sehr weit aus. Im Folgenden soll das Urteil in Beziehung zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und einer kurzen Bewertung unterzogen werden.

II. Zur bisherigen Rechtsprechung, insbesondere den Rechtssachen *Akrich* und *Jia*

Der Gerichtshof hatte sich bereits in zwei Rechtssachen (*Akrich* und *Jia*) mit der Frage der Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug befasst (1., 2.). Daneben wurden

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Fribourg / CH.

¹ ABl. 2004 L 229, 35, berichtigte Fassung ABl. 2007 L 204, 28.

ähnliche Problemstellungen aber auch in anderen Urteilen relevant, die nachfolgende ebenfalls kurz erwähnt werden sollen (3.).

1. Zur Rs. C-109/01 (Akrich)

In der Rs. C-109/01 (*Akrich*)² ging es um die Auslegung des (inzwischen durch die RL 2004/38 aufgehobenen) Art. 10 VO 1612/68³, der das Recht der Ehegatten und bestimmter naher Verwandter eines Arbeitnehmers enthält, im Staatsgebiet des Aufenthalts des Arbeitnehmers Wohnsitz zu nehmen. Anlass zu dem Urteil gab die Situation eines Drittausländers, der mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet war, allerdings wegen verschiedener Vergehen aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen worden war. Nachdem die Eheleute einige Monate in Irland gelebt hatten, wollten sie wieder nach Großbritannien zurückkehren, und der Ehemann beantragte den Widerruf seiner Ausweisungsverfügung, da ihm als Ehegatten einer britischen Staatsangehörigen aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 ein Aufenthaltsrecht in Großbritannien zustehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt, mit dem Argument, die britische Ehefrau habe nur zum Schein während kurzer Zeit (sechs Monaten) eine Stelle in Irland angenommen, um letztlich die britischen Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht von Drittausländern zu umgehen.

Der EuGH geht im Ergebnis davon aus, dass sich im vorliegenden Fall kein Recht aus Art. 10 1612/68 auf Einreise des Ehegatten ableiten lasse, wobei folgende Erwägungen von Bedeutung sind:

- Die VO 1612/68 betreffe von Vornherein nur die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft; ihr könnten hingegen keine Hinweise darauf entnommen werden, welche Rechte ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Unionsgebiet hat. Daher müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, in den der Unionsbürger abwandern wolle, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO 1612/68 zu kommen. Begeben sich dagegen ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Unionsbürger, der mit einem zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat nicht berechtigten Drittstaatsangehörigen verheiratet sei, in einen anderen Mitgliedstaat, um dort eine unselbständige Berufstätigkeit auszuüben, so könne in dem Umstand, dass seinem Ehegatten aus Art. 10 der VO kein Recht erwachse, sich mit ihm in diesem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, keine ungünstigere Behandlung liegen als die, die dem Ehepaar zuteil wurde, bevor dieser Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nahm. Gleiches gelte, wenn der mit einem

² EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607.

³ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

Drittstaatsangehörigen verheiratete Unionsbürger in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist, zurückkehre.

Das Urteil geht also davon aus, dass sich Familienangehörige von Unionsbürgern bereits rechtmäßig im Unionsgebiet aufhalten müssen, um in den Genuss der Familiennachzugsrechte zukommen, so dass der rechtmäßige Aufenthalt Voraussetzung für die Anwendung der Freizügigkeitsrechte von Drittstaatsangehörigen ist.⁴

- Allerdings komme es im Fall der tatsächlichen Ausübung der Freizügigkeitsrechte des Vertrages nicht darauf an, in welcher Absicht dies geschehen sei, sofern der entsprechende Arbeitnehmer im anderen Mitgliedstaat tatsächlich eine echte Tätigkeit ausübe oder ausüben wolle. Die Ausübung dieser Rechte stelle jedenfalls keinen Missbrauch dar – selbst dann nicht, wenn der eine Ehegatte, zu dem Zeitpunkt, in dem sich das Ehepaar in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen habe, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger der Arbeitnehmer ist, kein Aufenthaltsrecht hatte. Ein solcher Missbrauch läge jedoch vor, wenn die Vergünstigungen des Gemeinschaftsrechts für Wanderarbeitnehmer und ihre Ehegatten im Rahmen von Scheinehen geltend gemacht würden, die zur Umgehung der für Drittstaatsangehörige geltenden Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen geschlossen würden.
- Selbst im Falle der Nichteinschlägigkeit des Art. 10 VO 1612/68 müsse aber Art. 8 der EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) „berücksichtigt“ werden. Die Verweigerung der Einreise eines nahen Verwandten könne nämlich gegen Art. 8 EMRK verstossen, wenn sie nicht den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK genüge, also wenn sie nicht „gesetzlich vorgesehen“, von einem oder mehreren in Hinblick auf diesen Absatz berechtigten Zielen getragen und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sei, d.h. durch ein „zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt“ sei und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel stehe, das mit ihm verfolgt werde. Die Grenzen dessen, was „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sei, wenn der Ehegatte rechtsbrüchig geworden sei, seien vom EGMR bereits hinreichend herausgearbeitet worden⁵.

Die dogmatische Verankerung dieser vom EuGH betonten Pflicht zur Beachtung des Art. 8 EMRK ergibt sich allerdings nicht wirklich aus dem Urteil. Vieles spricht dafür, hierin keinen Bezug auf die bei der Beschränkung der Grundfreiheiten zu beachtenden Schranken⁶, sondern nur einen Hinweis auf die sich für die Mitgliedstaaten aus der

⁴ *Robin C.A. White*, Conflicting competences: free movement rules and immigration laws, ELRev. 2004, S. 385 (389). S. aber auch EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, wo der EuGH ohne Bezugnahme auf das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Anknüpfungspunktes davon ausgeht, dass sich das Recht eines mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen auf Einreise allein aus der familiären Beziehung ergibt. Zu diesem Urteil in unserem Zusammenhang noch unten II.3.

⁵ EGMR, Urteile *Boultif/Schweiz*, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, §§ 46 bis 56; EGMR, *Amrollahi/Dänemark*, Urt. vom 11.7.2002, §§ 33 bis 44.

⁶ Bei denen eben auch Grundrechte eine Rolle spielen können. Vgl. nur EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279, Rn. 42.

EMRK ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtung zu sehen: Denn wenn sich der Drittstaatsangehörige unrechtmäßig im Unionsgebiet aufhält bzw. noch gar nicht im Unionsgebiet ist, kann die Verweigerung seines Aufenthaltsrechts nach dem Urteil des EuGH gerade keine Behinderung der Freizügigkeit seines Ehegatten im Unionsgebiet bedeuten, da er ja in keinem Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigt ist.

2. Zur Rs. C-1/05 (*Jia*)

In der Rs. C-1/05 (*Jia*)⁷ machte eine Drittstaatsangehörige ein Aufenthaltsrecht geltend, die rechtmäßig in einen EU-Mitgliedstaat eingereist war. Daher könne, so der Gerichtshof, das im Urteil *Akrich* formulierte Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts nicht auf eine derartige Fallgestaltung übertragen werden, so dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, die Gewährung eines Aufenthaltsrechts an einen Drittstaatsangehörigen, dessen Familienmitglied von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, an das Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts zu knüpfen.

Die Tragweite dieses Urteils bleibt – soweit das Erfordernis des rechtmäßigen Aufenthalts betroffen ist – unklar, insbesondere angesichts des Urteils *Akrich*. Dies beruht in erster Linie auf dem Umstand, dass der Gerichtshof – im Anschluss an die entsprechende Frage des nationalen Gerichts – nur festhält, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, einen solchen rechtmäßigen Aufenthalt vorauszusetzen. Nicht beantwortet wird damit aber die wesentlich interessantere Frage, ob Frau *Jia* bzw. ihre Familienmitglieder aufgrund der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auch ein Recht auf Aufenthalt aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hätte ableiten können.

Sieht man das Urteil (nur) im Zusammenhang mit dem Urteil im Fall *Akrich*, drängt es sich auf, diese Frage zu verneinen: Denn der EuGH stellt im Fall *Akrich* ausdrücklich darauf ab, dass die Familiennachzugsregelungen dazu dienen sollen, die Freizügigkeit zu fördern, indem dieser nicht durch fehlende Familiennachzugsmöglichkeiten Grenzen gesetzt werden. Reist nun eine Person erstmals rechtmäßig mit einem Besuchsvisum in das Unionsgebiet ein, um sich – wie im Ausgangsfall des Urteils *Jia* – bei ihrem Sohn und der Schwiegertochter, die ihr Unterhalt gewähren, niederzulassen, dürfte gerade dieser Bezug zur Freizügigkeit fehlen, da gerade keine grenzüberschreitende Bewegung zwischen zwei Mitgliedstaaten stattgefunden hat, so dass sich aus den einschlägigen sekundärrechtlichen Regelungen kein Aufenthaltsrecht eines solchen Familienangehörigen ergibt.⁸ Zutreffenderweise hält der EuGH aber auch fest,

⁷ EuGH, Rs. C-1/05 (*Jia*), Slg. 2007, I-1.

⁸ S. in diesem Zusammenhang auch die sehr instruktiven und in eine ähnliche Richtung wie der hier vertretene Ansatz gehenden Ausführungen von GA *Geelhoed*, Schlussanträge zur Rs. C-1/05, EuGH, Slg. 2007, I-1, Rn. 62 ff.

dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht verwehrt, in solchen Konstellationen einen Aufenthalt zu gewähren.⁹

3. Weitere Urteile des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hatte sich noch in anderen Urteilen zur Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug bzw. die Einreise in das Unionsgebiet geäußert:

- Im Urteil *Singh*¹⁰ stellte der Gerichtshof fest, dass die gemeinschaftlichen Familiennachzugsregeln auch dann Anwendung finden, wenn ein Angehöriger eines Mitgliedstaats in sein Heimatland zurückkehrt, nachdem er sich vorher mit dem jeweiligen (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen zur Ausübung seines Freizügigkeitsrechts in einen anderen Mitgliedstaat begeben hatte. Allerdings ging es hier um einen „ursprünglich“ rechtmäßigen Aufenthalt sowohl im Heimatstaat als auch im Aufnahmemitgliedstaat. Allerdings sind die entsprechenden Passagen des Urteils relativ allgemein formuliert, so dass sie die Konstellation eines unrechtmäßigen Aufenthalts des Drittstaatsangehörigen nicht von vornherein ausschließen.
- In der Rechtssache *MRAX*¹¹ ging es um das Recht auf Einreise (in einen Mitgliedstaat) eines Drittstaatsangehörigen, der mit einem Unionsbürger verheiratet war. Der EuGH bejahte hier ein Einreiserecht allein aufgrund des Bestehens der familiären Beziehung. Dieses Einreiserecht bestehe auch dann, wenn der Betroffene nicht über ein Visum, einen Reisepass oder einen Personalausweis verfügt, er aber auf andere Weise seine Identität und die Ehe nachweisen kann und er keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Weiter dürfe ein solcher Drittstaatsangehöriger nicht aus dem Hoheitsgebiet ausgewiesen werden, nur weil er illegal in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates eingereist war. Interessant ist das Urteil in unserem Zusammenhang insbesondere vor dem Hintergrund, als die einschlägigen Bestimmungen über das Recht auf Einreise eines (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen offenbar so ausgelegt wurden, dass sie als solche – also unabhängig von einem vorherigen (rechtmäßigen) Aufenthalt im Unionsgebiet – ein Einreiserecht verankern und daher auch für die „Ersteinreise“ eines Familienangehörigen aus einem Drittstaat zum Zuge kommen.

⁹ Vgl. zur Tragweite dieses Urteils auch etwa *Alina Tryfonidou*, Jia or “Carpenter II”: the edge of reason, ELR 2007, S. 908 ff.

¹⁰ EuGH, Rs. C-370/90 (*Singh*), Slg. 1992, I-4265.

¹¹ EuGH, Rs. C-459/99 (*MRAX*), Slg. 2002, I-6591.

- In der Rs. C-157/03 (*Kommission/Spanien*)¹² ging es um eine spanische Regelung, wonach die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Gemeinschaftsbürgers sind, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, von der Einholung eines Aufenthaltsvisums abhängig ist. Die Erteilung dieses Visums nahm mitunter mehr als sechs Monate in Anspruch. Der Gerichtshof hielt das Erfordernis eines solchen Aufenthaltsvisums und dementsprechend die Weigerung, einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Gemeinschaftsbürgers ist, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, weil er zuvor ein Aufenthaltsvisum beim spanischen Konsulat seines letzten Wohnortes hätte beantragen müssen, für eine mit den Bestimmungen der RL 68/360, 73/148 und 90/365 unvereinbare Massnahme. Spanien habe damit die entsprechenden Richtlinien nicht ordnungsgemäß umgesetzt. Zudem habe das Land gegen die Bestimmungen der RL 64/221 verstossen, nach denen die Aufenthaltserlaubnis innerhalb kürzester Frist, spätestens jedoch innerhalb von sechs Monaten, zu erteilen ist. Dabei geht der Gerichtshof – insofern parallel zum Urteil *MRAX* – davon aus, dass sich das Recht auf Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats allein aus der Familienbeziehung ergebe.
- Auch die Aussagen des Gerichtshofs in der Rs. C-503/03 (*Kommission/Spanien*)¹³ legen die Annahme nahe, dass für die Anwendbarkeit der Familiennachzugsrechte allein die Verwandtschaftsbeziehung maßgeblich ist. Der Gerichtshof stellte hier allgemein fest, dass einem Drittstaatsangehörigen, der mit einem Unionsbürger verheiratet ist, nicht allein deshalb die Einreise verweigert werden darf, weil er nach Art. 96 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem ausgeschrieben ist. Denn in einem solchen Fall sei der in Art. 5, 15 SDÜ angelegte „Automatismus“ der Einreiseverweigerung bei entsprechender Ausschreibung nicht mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar, die nach Art. 134 SDÜ gegenüber dem SDÜ vorrangig seien. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften stellten nämlich darauf ab, dass das persönliche Verhalten der betreffenden Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt, was in jedem Einzelfall zu prüfen sei.
- In der Rs. C-291/05 (*Eind*)¹⁴ stand die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen ein Familienangehöriger mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates (konkret ging es um die minderjährige Tochter) ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 hat, wenn der Wanderarbeitnehmer sein

¹² EuGH, Rs. C-157/03 (*Kommission/Spanien*), Slg. 2005, I-2911. Vgl. auch den ähnlich gelagerten Fall EuGH, Urteil v. 27.10.2005, Rs. C-165/05 (*Kommission/Luxemburg*), nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht.

¹³ EuGH, Rs. C-503/03 (*Kommission/Spanien*), Slg. 2006, I-1097.

¹⁴ EuGH, Rs. C-291/05 (*Eind*), Urt. v. 11.12.2007.

Ursprungsland zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem anderen EU-Mitgliedstaat verlassen hat, dort ein drittstaatsangehöriges Kind vom Ursprungsstaat nachziehen lässt, dann aber wieder in sein Heimatland zurückgeht, ohne aber einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der Gerichtshof präzisierte – ausgehend von dem Grundsatz, dass das Recht auf Familienzusammenführung aus Art. 10 VO 1612/68 kein originäres Freizügigkeitsrecht darstelle, sondern dem Wanderarbeitnehmer diene – zunächst, dass das Recht eines Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Gemeinschaftsarbeitnehmers ist, bei diesem zu wohnen, nur in dem Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden könne, in dem der Arbeitnehmer wohnt, so dass die Wirkungen einer auf dieser Grundlage erteilten Aufenthaltsgenehmigung auf den betreffenden Mitgliedstaat beschränkt blieben. Daher könne dem Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat nicht schon deshalb ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von Art. 10 VO 1612/68 zustehen, weil er vorher in einem anderen Mitgliedstaat eine entsprechende Aufenthaltsgenehmigung hatte. Allerdings könne einem Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt in seinem Heimatstaat weder versagt noch Bedingungen unterworfen werden, wenn er nach einer Beschäftigung als Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat dorthin zurückkehren möchte. Denn dieses Rückkehrrecht sei im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Freizügigkeit notwendig, da die fehlende Sicherheit über ein solches Rückkehrrecht den Arbeitnehmer davon abhalten könne, in einem anderen Mitgliedstaat eine Stelle anzunehmen. Diese abschreckende Wirkung könne weiter auch durch die bloße Aussicht für den Arbeitnehmer hervorgerufen werden, dass nach seiner Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat ein Zusammenleben mit nahen Angehörigen, das etwa durch Heirat oder Familienzusammenführung im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommen worden ist, nicht fortgesetzt werden könnte. Daher verfüge auch ein Familienangehöriger unter den Umständen des Ausgangsfalls das Recht, bei dem ehemaligen Wanderarbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat Wohnung zu nehmen, auch wenn dieser nicht wirtschaftlich tätig ist. Für ein solches Aufnahmerecht seien die in Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 1612/68 genannten Bedingungen „entsprechend“ anzuwenden. Auch wenn es in diesem Urteil nicht um Familienangehörige ging, die sich bereits rechtmäßig in einem EU-Mitgliedstaat aufhielten, legen es die Ausführungen des Gerichtshofs doch nahe, dass der Gewährleistung des Familienlebens der Unionsbürger eine zentrale Rolle zukommt und dass eine „Gefahr“ für die Beeinträchtigung der Freizügigkeitsrechte bereits unter sehr erleichterten Bedingungen angenommen wird.

4. *Zwischenfazit*

Die Skizzierung der wichtigsten einschlägigen Urteile des EuGH bis zum Urteil *Metock* in Bezug auf die in diesem Beitrag im Zentrum des Interesses bestehende Frage nach den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug lassen eine gewisse Uneinheitlichkeit erkennen: Es ist nicht klar, ob allein die Verwandtschaftsbeziehung ausreicht, damit ein drittstaatsangehöriger Familienangehöriger einem Unionsbürger „nachziehen“ kann oder ob darüber hinaus noch ein vorheriger rechtmäßiger Aufenthalt in der Europäischen Union notwendig ist und damit ein Bezug zur Erleichterung der Freizügigkeit hergestellt werden kann: Während das Urteil *Singh* schon wegen der allgemeinen Formulierung etwas unklar war und insofern nicht zwingend im Gegensatz zum Urteil *Akrich* stand, gehen das Urteil *MRAX* und die beiden Urteile *Kommission/Spanien* klar davon aus, dass allein die Familienbande für die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregeln entscheidend sind. Insofern stehen sie – ohne dass der Gerichtshof dies ausdrücklich hervorhob – in einem gewissen Gegensatz zum Urteil *Akrich*, in dem auf die Funktionalität der Familiennachzugsregeln – nämlich die Erleichterung der Freizügigkeit innerhalb der Union – abgestellt wird, so dass die Familiennachzugsregeln gerade nicht den Zugang zum Unionsgebiet betreffen, sondern nur unter der Voraussetzung eines bereits bestehenden rechtmäßigen Aufenthalts zum Zuge kommen. Im Urteil *Eind* schließlich werden Rückwirkungen einer Beschränkung des Aufenthalts von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern auf die Freizügigkeit der Unionsbürger unter sehr erleichterten Voraussetzungen bejaht.

III. Das Urteil *Metock*

Im Urteil *Metock*¹⁵ nun stellt der EuGH in Bezug auf die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie)¹⁶ klar, dass die in diesem Rechtsakt enthaltenen Rechte der Familienangehörigen (insbesondere auf Einreise und Aufenthalt) unabhängig davon Anwendung finden, dass sich das betreffende drittstaatsangehörige Familienmitglied bereits vorher rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufgehalten hat. Allerdings könne sich der Familienangehörige nur dann auf die in der RL 2004/38 formulierten Rechte berufen, wenn der Unionsbürger, dessen Familienangehöriger er ist, von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat bzw. sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt und der Familienangehörige ihn dorthin begleiten oder ihm nachziehen will.

Bemerkenswert ist, dass der EuGH sein Ergebnis ausdrücklich in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung setzt und sich auf diejenigen Urteile beruft, in denen dieser Ansatz schon

¹⁵ EuGH, Rs. C-12708 (*Metock*), Urt. v. 25.7.2008.

¹⁶ Fn. 1.

angelegt war bzw. angedeutet wurde, während eine ausdrückliche Abkehr vom Urteil *Akrich* erfolgt. Zur Begründung greift der Gerichtshof auf folgende Erwägungen zurück:

- Erstens mache keine Bestimmung der RL 2004/38 deren Anwendung in Bezug auf Familienangehörige von Unionsbürgern von der Voraussetzung abhängig, dass diese sich zuvor in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben. Insbesondere unterscheide die in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 enthaltene Definition der Familienangehörigen nicht danach, ob diese sich bereits rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hatten oder nicht. Auch die in Art. 5, 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 RL 2004/38 garantierten Rechte von (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen auf Einreise und auf Aufenthalt nähmen keinen Bezug auf den Ort oder die Bedingungen ihres Aufenthalts vor der Einreise in den betreffenden Mitgliedstaat.
- Art. 5 Abs. 2 RL 2004/38 nehme im Übrigen – in Bezug auf die Einreise eines Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist – Bezug auf das Erfordernis eines Einreisevisums, falls die betreffende Person nicht über eine Aufenthaltskarte nach Art. 10 Abs. 1 RL 2004/38 verfügt. Da diese Aufenthaltskarte aber gerade den rechtmäßigen Aufenthalt einer solchen Person in der EU bescheinigt, zeige diese Bestimmung, dass die RL 2004/38 auch auf solche Familienmitglieder Anwendung finden müsse, die sich nicht bereits in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben.
- Im Übrigen sehe Art. 10 Abs. 2 RL 2004/38, der die von Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Unionsbürgern sind, im Hinblick auf die Ausstellung einer Aufenthaltskarte vorzulegenden Dokumente abschließend aufzählt, kein Dokument vor, das den vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat belegt.
- Diese Auslegung sei auch mit der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten vereinbar:¹⁷ Denn die Ausübung der Freiheiten der Unionsbürger würde „schwerwiegend behindert“, wenn diese im Aufnahmemitgliedstaat kein normales Familienleben führen dürften. Daher dürfe der Gemeinschaftsgesetzgeber ganz allgemein den Aufenthalt von Familienangehörigen von Unionsbürgern im Aufnahmemitgliedstaat regeln, sofern der Unionsbürger dadurch in seiner Freizügigkeit beeinträchtigt sein könnte, etwa weil ihn der fehlende Familiennachzug davon hätte abhalten könnten, von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen. Eine solche Gefahr bestehe auch dann, wenn sich die Familienangehörigen des Unionsbürgers nicht bereits rechtmäßig im Gebiet eines anderen Hoheitsstaates aufhalten.
- Schließlich führte ein Abstellen auf das Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts auch dazu, dass die Frage des Familiennachzugs für Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, je nach Mitgliedstaat unterschiedlich

¹⁷ Anders in Bezug auf diesen Punkt GA *Geelhoed*, Schlussanträge zur Rs. C-1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1, Rn. 30 ff., 65 ff.

ausgestaltet sei. Dies stehe aber mit dem Binnenmarktziel – dessen Grundgedanke dahin gehe, dass die Bedingungen, unter denen ein Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich aufhalten darf, in allen Mitgliedstaaten gleich sind – nicht in Einklang.

Weiter bejaht der Gerichtshof die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregeln für den Fall, dass der Unionsbürger die Familie, die er nachziehen möchte, erst nach Ausübung seines Freizügigkeitsrechts gegründet hat. Auch sei die Richtlinie auf die Drittstaatsangehörigen anwendbar, die nach dem Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat nachziehen.

Ganz allgemein weist der Gerichtshof darauf hin, dass die RL 2004/38 in Anbetracht ihres Kontexts und ihrer Ziele¹⁸ – insbesondere des Umstandes, dass die Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen ein elementares und persönliches Recht sei und dass es unter objektiven Bedingungen in Freiheit und Würde ausgeübt werden solle – grundsätzlich nicht eng ausgelegt und keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden dürfe.

IV. Bewertung

1. Zur Begründung des EuGH

Das Urteil *Metock* dürfte in seinen Auswirkungen kaum überschätzt werden: Der EuGH gibt nämlich in der Sache den akzessorischen Charakter bzw. Hintergrund der Familiennachzugsregeln auf: Diese kommen unabhängig davon zum Zuge, ob und inwieweit ein ggf. nicht möglicher Familiennachzug die Ausübung der Freizügigkeit durch Unionsbürger behindert oder erschweren könnte. Denn das Kriterium für die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregeln – abgesehen von dem nach wie vor grundsätzlich notwendigen grenzüberschreitenden Bezug, auf den noch einzugehen sein wird¹⁹ – ist allein das Vorliegen der Verwandtschaftsbeziehung. Auch wenn der Gerichtshof – wie gezeigt²⁰ – bereits vor dem Urteil *Metock* verschiedentlich im Ergebnis, jedoch eher implizit, bereits diesen Ansatz zugrunde gelegt hatte, erfolgt doch erst im Urteil *Metock* eine ausdrückliche Abkehr von der zumindest seit dem Urteil *Akrich* vorherrschenden These²¹ der „dienenden Funktion“ des Familiennachzugs im Verhältnis zur Ausübung der Freizügigkeit der Unionsbürger.

An diesem Paradigmenwechsel ändert auch der Umstand nichts, dass der EuGH betont, die Ausübung der Freiheiten der Unionsbürger werde „schwerwiegend behindert“, wenn ein

¹⁸ Vgl. Erwägungen 1, 4, 5, 11 Präambel RL 2004/38.

¹⁹ S.u. IV.2.

²⁰ S.o. II.

²¹ S. etwa auch die ausführlich Analyse von GA *Geelhoed*, Schlussanträge zur Rs. C-1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1, Rn. 62 ff.

Familiennachzug nicht gewährleistet sei, und zwar unabhängig von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt im Unionsgebiet, eine Feststellung, die der EuGH vor dem Hintergrund, dass die für den Erlass der RL 2004/38 herangezogenen Rechtsgrundlagen (Art. 18 Abs. 2, 40, 44, 52 EG) lediglich den Erlass solcher Maßnahmen ermöglichen, die erforderlich sind, um die Freizügigkeit der Unionsbürger herzustellen bzw. deren tatsächliche Verwirklichung zu fördern²², trifft. Damit scheint der EuGH zwar auf den ersten Blick an dem akzessorischen Charakter der Familiennachzugsrechte festzuhalten, ein Eindruck, der jedoch dadurch widerlegt wird, dass der Gerichtshof lediglich behauptet, dass ein nicht erfolgreicher Familiennachzug ganz allgemein die Ausübung der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger schwerwiegend behinderte, ohne dies jedoch wirklich zu begründen. So fehlt insbesondere eine Erörterung der Frage, in welchen Fällen ein nicht möglicher Familiennachzug denn wirklich die Freizügigkeit behindern kann. Dieser Nachweis aber dürfte gerade für die Konstellation, dass sich der drittstaatsangehörige Familienangehörige zum Zeitpunkt der Ausübung des Freizügigkeitsrechts noch gar nicht rechtmäßig im Unionsgebiet aufhält, kaum zu erbringen sein: Denn warum sollte ein Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch machen, weil er seine Familienangehörigen nicht nachziehen kann, wenn diese auch im Heimatstaat (noch) gar keinen Aufenthalt haben? Im Falle der Ausübung des Freizügigkeitsrechts änderte sich für den betreffenden Unionsbürger in Bezug auf „seinen“ Familiennachzug nichts: Die betreffenden Familienangehörigen haben bzw. hätten weder im Heimatstaat noch im Aufnahmestaat ein Aufenthaltsrecht, so dass der Familiennachzug in Bezug auf die Ausübung der Freizügigkeit in diesen Konstellationen letztlich „neutral“ ist, und es geht gerade nicht mehr darum zu verhindern, dass durch die Ausübung der Freizügigkeitsrechte ein Nachteil entsteht.

Überraschend ist auch der Rückgriff des EuGH auf den Binnenmarktgedanken, aus dem er letztlich ableitet, das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger umfasse das Recht, sich in allen Mitgliedstaaten zu gleichen Bedingungen niederzulassen, so dass der Familiennachzug unabhängig von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt im Unionsgebiet zum Zuge kommen müsse und die Gemeinschaft – offenbar auf der Grundlage der für den Erlass der RL 2004/38 herangezogenen Rechtsgrundlagen – auch die Kompetenz habe, entsprechende Maßnahmen zu erlassen: Denn führte man diesen Ansatz konsequent zu Ende, so umfasste die Erleichterung der Freizügigkeit auch, dass „gleiche“ Lebensbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten gewährleistet sind, denn jeder diesbezügliche Unterschied könnte letztlich eine Wettbewerbsverzerrung darstellen, so dass letztlich jede Maßnahme, die einen Einfluss auf die Lebens- und Aufenthaltsbedingungen in den Mitgliedstaaten entfaltet,

²² Maßnahmen bezüglich der Einreise von Drittausländern betreffen hingegen die Einwanderung, und hier sind Art. 63 Nr. 3, 4 einschlägig, die eine einstimmige Beschlussfassung im Rat erfordern (Art. 67 EG). Auf diese Rechtsgrundlagen wurden denn auch die RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (durch Drittstaatsangehörige), ABl. 2003 L 215, 12, und die RL 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2004 L 15, 44, gestützt.

auf Art. 18 Abs. 2, 40, 44, 52 EG gestützt werden könnte. Damit wäre aber der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen kaum eingrenzbar, weisen doch zahlreiche Rechtsnormen (man denke etwa an das Sozialrecht oder auch weite Bereiche des Privatrechts) in irgendeiner Form einen Bezug zum Aufenthalt auf. Eine derartige Ausweitung des Anwendungsbereichs der doch klar auf die Erleichterung der Personenfreizügigkeit beschränkten genannten Rechtsgrundlagen stünde aber aus systematischer Sicht kaum in Einklang mit Art. 95 Abs. 2 EG, der die Anwendung des Art. 95 Abs. 1 EG (u.a.) für Bestimmungen über die Freizügigkeit ausschließt. Denn hieraus dürfte sich – auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH über die Abgrenzung der Rechtsgrundlagen²³ – ergeben, dass Rechtsangleichungen, die Wettbewerbsverzerrungen im Bereich der Personenfreizügigkeit beseitigen wollen, auf Art. 94 EG zu stützen sind, und die genannten spezifischen Rechtsgrundlagen über die Personenfreizügigkeit auf solche Maßnahmen beschränkt sind, die direkt die Wahrnehmung der Freizügigkeit erleichtern sollen.

Insgesamt fällt daher die Begründung des EuGH für die – im Vergleich zum Urteil *Akrich* – Ausweitung des Anwendungsbereichs der Familiennachzugsregeln wenig befriedigend aus, was nichts daran ändert, dass durchaus gewichtige Gründe für den Ansatz des EuGH sprechen: Zu nennen ist hier in erster Linie die Verwirklichung des Grundrechts auf Gewährleistung des Schutzes des Familienlebens (Art. 8 EMRK), das der Gerichtshof anspricht, wobei er es – wie gezeigt – jedoch nicht als entscheidenden Grund für seinen Ansatz heranziehen dürfte. Es ist unbestritten, dass die in der RL 2004/38 geregelten Familiennachzugsrechte das Grundrecht auf Schutz des Familienlebens berühren bzw. seiner Gewährleistung Vorschub leisten sollen. Die Grundrechte sind aber jedenfalls bei der Auslegung gemeinschaftlichen Sekundärrechts zu beachten, so dass dieses im Lichte der gemeinschaftlichen Grundrechte auszulegen ist. Wenn sich auch aus Art. 8 EMRK nicht in jedem Fall ein „Einreiserecht“ eines Familienangehörigen ableiten lässt,²⁴ so gibt es doch (wie auch der EuGH im Fall *Akrich* festgehalten hat²⁵) Konstellationen, in denen Art. 8 EMRK die Vertragsstaaten verpflichtet, eine Einreise zu gestatten (da eine Rechtfertigung des im Falle einer Einreiseverweigerung für ein Familienmitglied einer in dem jeweiligen Staat ansässigen Person jedenfalls gegebenen Eingriffs etwa wegen Unverhältnismäßigkeit zu verneinen ist). Da somit die Verweigerung des Familiennachzugs jedenfalls einen Eingriff in Art. 8 EMRK

²³ Wonach der Schwerpunkt einer Maßnahme bzw. eines Rechtsakts entscheidend ist. Vgl. etwa EuGH, Rs. C-491/01 (*British American Tobacco*), Slg. 2002, I-11453; EuGH, Rs. C-178/03 (*Kommission/Rat und EP*), Slg. 2006, I-107.

²⁴ Vgl. EGMR, *Gül v. Schweiz*, Reports 1996-I, 159 ff., Rz. 28 ff.; EuGH, *Ahmut v. Niederlande*, Reports 1996-VI, 2017 ff.; *Stephan Breitenmoser*, Die Bedeutung der EMRK im Ausländerrecht, in: Joachim Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht, 2004, S. 197 (214 f.); *Anne Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 166 f.; *Arthur Haefliger/Frank Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 1999, S. 259 ff. (jeweils m.w.N.)

²⁵ S.o. II.1.

darstellt und ggf. auch gegen dieses Grundrecht verstoßen kann, spricht Vieles dafür, die Familiennachzugsbestimmungen der RL 2004/38 (im Zweifel) so auszulegen, dass dem relevanten Grundrecht eine größtmögliche Wirkung zukommt und sie die Mitgliedstaaten jedenfalls unmissverständlich dazu verpflichtet, eine grundrechtskonforme Umsetzung zu gewährleisten. Da die RL 2004/38 nun – wie der Gerichtshof zutreffend festhält – keinerlei Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Familiennachzugsregeln erkennen lässt, sprechen die besseren Gründe dafür, diese Regeln unabhängig von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt anzuwenden, denn auf diese Weise wird jedenfalls gewährleistet, dass im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der RL 2004/38 eine Einreise zu gewähren ist, womit die Mitgliedstaaten insoweit jedenfalls zu einer grundrechtskonformen Umsetzung verpflichtet werden.

Diese Begründungsansatz steht auch mit der gemeinschaftlichen Zuständigkeitsverteilung in Einklang, denn der maßgebliche Grund für die „uneingeschränkte“ Anwendung der Familiennachzugsregeln ist die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte bei der gemeinschaftlichen Rechtsetzung: Es ist unbestritten, dass grundsätzlich der Familiennachzug von großer Bedeutung für die effektive Verwirklichung der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger ist, so dass deren Regelung auf die genannten Rechtsgrundlagen gestützt werden kann. Bei der Sekundärrechtsetzung hat der Gemeinschaftsgesetzgeber aber die Verwirklichung der Grundrechte zu beachten, so dass er die zu regelnden Sachverhalte so regeln muss, dass sie jedenfalls in Einklang mit den Grundrechten stehen. Nach der hier vertretenen Ansicht erstreckt sich die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers aber auch darauf, auch diejenigen, eng mit der jeweiligen Materie im Zusammenhang stehenden Aspekte zu regeln, die im Hinblick auf eine zweifelsfreie Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer grundrechtskonformen Umsetzung notwendig sind.²⁶ M.a.W. findet die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers ihre Grundlage im Anliegen einer möglichst klaren grundrechtskonformen Rechtsetzung.

2. Grenzüberschreitender Bezug und umgekehrte Diskriminierungen

Der Gerichtshof hält auch im Urteil *Metock* an dem Grundsatz fest, dass die vertraglichen Bestimmungen über die Freizügigkeit und das entsprechende Sekundärrecht nicht auf Tätigkeiten bzw. Sachverhalte anwendbar sind, die mit keinem „relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“.²⁷ Damit können sich also Staatsangehörige eines

²⁶ Vgl. zu diesem Aspekt bereits *Astrid Epiney*, Zur Reichweite der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers, ZAR 2007, S. 61 ff.

²⁷ EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Rn. 77; s. auch etwa EuGH, Rs. C-212/06 (*Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*), Urt. v. 1.4.2008. Aus der früheren Rechtsprechung mit Bezug zum Familiennachzug insbesondere EuGH, verb. Rs. 35 und 36/82 (*Morson und Jhanjan*), Slg. 1982, 3723, Rn. 18; EuGH, verb. Rs. C-64 und 65/96 (*Uecker und Jacquet*), Slg. 1997, I-3171, Rn. 24.

Mitgliedstaats, die sich immer in ihrem Heimatstaat aufgehalten haben und somit keinen Gebrauch von ihren Freizügigkeitsrechten gemacht haben, nicht auf die in der RL 2004/38 niedergelegten Familiennachzugsrechte berufen.

Allerdings setzt der Gerichtshof die Anforderungen an das Vorliegen eines solchen grenzüberschreitenden Bezugs denkbar niedrig an.²⁸ So ist es insbesondere nicht erforderlich, dass die betreffende Person bereits von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat. Ausreichend ist vielmehr nach der neueren Rechtsprechung ein irgendwie gearteter grenzüberschreitender Bezug, der auch etwa (nur) darin bestehen kann, dass die betreffende Person (auch) Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats ist,²⁹ oder darin, dass ein Familienangehöriger sein Freizügigkeitsrecht wahrgenommen hat und dies Auswirkungen auf Ansprüche eines Unionsbürgers, der selbst nicht seine Freizügigkeitsrechte in Anspruch genommen hat, in „seinem“ Mitgliedstaat entfaltet.³⁰ Stellt man diese Rechtsprechung in einen Zusammenhang mit dem Art. 49 EG betreffenden Urteil *Carpenter*³¹ (in der es der Gerichtshof für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs als ausreichend erachtete, dass sich ein Unionsbürger gelegentlich zur Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat begibt), wird deutlich, dass das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs weitgehend relativiert, wenn nicht gar erodiert wird und auf der Grundlage der Rechtsprechung letztlich immer schon dann vorliegt, wenn „irgendein“ Element des Ausgangssachverhalts „irgendeinen“ Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist, ohne dass notwendigerweise von den vertraglich gewährleisteten Rechten grenzüberschreitend Gebrauch gemacht werden muss³² und ohne dass das grenzüberschreitende Element die Person, die ein Recht geltend macht, betrifft. Zudem reicht offenbar bereits die Möglichkeit der Inanspruchnahme zumindest gewisser Grundfreiheiten für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs aus;³³ eine Möglichkeit der Wahrnehmung bestimmter Rechte besteht aber fast immer.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist nicht erkennbar, durch welche voraussehbaren Kriterien das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs festgestellt werden kann und

²⁸ Aus der Literatur nur *Gavin Barrett*, Family Matters: European Community Law und Third-Country Family Members, CMLRev. 2003, S. 369 (377).

²⁹ Vgl. die überzeugende Analyse der jüngeren Rechtsprechung bei *Andreas Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 107 ff.

³⁰ EuGH, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613; ebenso in Bezug auf diesen Aspekt EuGH, Rs. C-200/02 (*Zhu und Chen*), Slg. 2004, I-9925.

³¹ EuGH, Rs. C-403/03 (*Schempp*), Slg. 2005, I-6421.

³² EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279, Rn. 28 ff. S. auch die Aufweichung des Erfordernisses eines grenzüberschreitenden Bezugs in EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4139; EuGH, verb. Rs. C-51/96 und 191/97 (*Deliège*), Slg. 2000, 2549.

³³ Zu diesem Aspekt *Bernhard Hofstötter*, A Cascade of Rights, or who shall care for little Catherine? Some reflections on the *Chen* case, ELJ 2005, S. 548 (551 ff.); *Alina Tryfonidou*, C-200/02, Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department: Further Cracks in the „Great Wall“ of the European Union?, EPL 2005, S. 527 (536 ff.).

³⁴ Hierauf ausdrücklich hinweisend *Armin von Bogdandy/Stephan Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, FS Manfred Zuleeg, 2005, S. 309 (319 f.).

unter welchen Voraussetzungen ein – in den Worten des Gerichtshofs – „relevantes Element“, das über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausreicht, vorliegen soll; vielmehr legt die Rechtsprechung die Annahme nahe, dass nicht ein „relevantes Element“ grenzüberschreitend sein muss, sondern dass irgendein, wenn auch sehr schwach ausgeprägter, Bezug zum EU-Ausland ausreicht.

Dieser Ansatz führt zu eher merkwürdigen Ergebnissen: So kann sich etwa ein Unionsbürger, der in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, geboren und aufgewachsen ist, von seinen „eigentlichen“ Freizügigkeitsrechten jedoch keinen Gebrauch gemacht hat, auf die Familiennachzugsrechte der RL 2004/38 berufen (bzw. seine drittstaatsangehörigen Familienangehörigen können dies), während dies einem Staatsangehöriger des betreffenden Aufenthaltsmitgliedstaats, dessen Situation ansonsten (abgesehen von der Staatsangehörigkeit) in jeder Beziehung parallel gelagert ist, verwehrt ist. Ob es angesichts dieser Entwicklung der Rechtsprechung wirklich sachgerecht ist, am Element der Grenzüberschreitung als Voraussetzung für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten und des betreffenden Sekundärrechts festzuhalten, unterliegt doch erheblichen Zweifeln.³⁴ Aber auch allgemein kann man sich fragen, ob in einem Binnenmarkt, dessen Grundgedanke doch gerade dahin geht, dass die Binnengrenzen keine Rolle mehr für die Wahrnehmung der Freiheiten spielen sollen, so dass letztlich eine Wettbewerbsgleichheit und eine Chancengleichheit im grenzüberschreitenden und im innerstaatlichen Bereich angestrebt wird, die Anknüpfung an die Grenzüberschreitung als konstitutives Element für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten noch Bestand haben kann. Die Einführung der Unionsbürgerschaft, mit der die Freizügigkeit als grundlegendes Recht verbunden ist, stellt ein weiteres Argument gegen das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs für die Anwendbarkeit jedenfalls der Personenfreizügigkeitsrechte dar: Denn dieser Ansatz impliziert letztlich, dass eine Art „Wanderungszwang“ besteht, will man ein gemeinschaftlich garantiertes Recht (etwa auf Familiennachzug in unserem Zusammenhang) wahrnehmen, ganz abgesehen von dem wohl in erster Linie persönlichkeitschützenden Charakter der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger.³⁵ Hinzu kommt (und hierfür ist das Urteil *Metock* ein aussagekräftiges Beispiel), dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in gewissen

³⁴ Vgl. schon die Überlegungen bei *Astrid Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995; s. auch *Christoph Hammerl*, Inländerdiskriminierung, 1997; spezifisch mit Bezug zur Unionsbürgerschaft *Stephanie Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten. Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots im Hochschulbereich unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft, 2005, S. 237, m.w.N. S. neuerdings die überzeugende Untersuchung von *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 28), insbesondere S. 245 ff. A.A. aber in der neueren Literatur etwa *Christoph Riese/Paul Noll*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung, NVwZ 2007, S. 516 ff.

³⁵ Vgl. in diese Richtung insbesondere *Niamh Shuibhne Nic*, Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on?, CMLRev. 2002, S. 731 ff.; *Eleanor Spaventa*, Seeing the Wood despite the Tress? On the Scope of nion Citizenship and its Constitutional Effects, CMLRev. 2008, S. 13 ff.; *Helen, Toner*, Judicial interpretation of European Union Citizenship – Transformation or Consolidation?, MJ 2000, S. 158 ff. Ähnlich auch *Jörn Kämmerer*, Inländer im Europarecht – Obsoleszenz oder Renaissance eines Rechtsbegriffs?, EuR 2008, S. 45 (49).

Bereichen gerade nicht nur dazu führt, dass die Unionsbürger sich gegen eigentliche Behinderungen der Wahrnehmung ihrer Freizügigkeit zur Wehr setzen können, sondern dass diese die Grundfreiheiten bzw. das einschlägige Sekundärrecht in gewissen Konstellationen auch dann ins Feld führen können, wenn die Wahrnehmung der Grundfreiheiten als solche durch die zur Debatte stehenden (vermeintlichen) „Hindernisse“ nicht erschwert wird. Dies zieht aber eine Privilegierung der Unionsbürger, die von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben, im Vergleich zu den „Daheimgebliebenen“ nach sich, ohne dass deren Chancen- und Wettbewerbsgleichheit vom Vertrag erfasst würde.

Insgesamt sprechen damit – auch und gerade angesichts der Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH – die besseren Gründe für eine Aufgabe des Kriteriums des grenzüberschreitenden Bezugs als Anwendungsvoraussetzung für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten und des einschlägigen Sekundärrechts.³⁶ Dieser Ansatz hätte in Bezug auf die Familiennachzugsrechte der RL 2004/38 zur Folge, dass diese auch für Inländer zum Zuge kommen müssten, wofür im Übrigen auch ihr grundrechtlicher Hintergrund spricht. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass auch kein sachlicher Grund (vgl. Art. 3 GG) ersichtlich ist, der eine Schlechterstellung der Inländer bzw. der Familienangehörigen von Inländern in Bezug auf die Frage des Familiennachzugs rechtfertigen könnte.

3. Exkurs: zu den Auswirkungen des Urteils Metock auf die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der Schweiz

Die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten haben am 21. Juni 1999 mit der Schweiz ein Abkommen über die Personenfreizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA) unterzeichnet, das am 1. Juni 2002 in Kraft getreten ist.³⁷ Ziel des Abkommens ist die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ (Präambel des Abkommens). Vor diesem Hintergrund dehnt das Abkommen in der Sache die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit weitgehend auf die Schweiz und

³⁶ Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, wie sich die Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten und die Rechtfertigung bei eigentlich innerstaatlichen Sachverhalten gestaltet. Vgl. hierzu den Überblick über die sich bietenden Lösungsansätze m.w.N. bei Lach, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 28), S. 252 ff., der offenbar – ohne dass sein Ansatz ganz klar wird – davon ausgeht, dass bei den Personenverkehrsfreiheiten aufgrund der Dominanz des grundrechtlichen Aspekts eine in jeder Beziehung rechtsgleiche Behandlung auch der Inländer anzulegen ist, während bei den Produktverkehrsfreiheiten auf die „Keck-Rechtsprechung“ abgestellt wird (S. 292 f.). Worin jetzt genau der Unterschied in Bezug auf die Gleichbehandlung liegt, wird aber nicht wirklich deutlich.

³⁷ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. 2002 L 114, 6; BBl 1999, 7027 ff.; SR 0.142.112.681.

ihre Staatsangehörigen aus.³⁸ Darüber hinaus genießen auch Nichterwerbstätige Freizügigkeit entsprechend den (im Wesentlichen sekundärrechtlichen) Gewährleistungen im Gemeinschaftsrecht. Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird. Das Konzept der Unionsbürgerschaft und die mit dieser verbundenen Rechte haben keinen Eingang in das Abkommen gefunden, dies im Gegensatz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot, das analog in Art. 2 FZA aufgegriffen wird. Grundsätzlich wird damit im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung übernommen, so dass – auf der Grundlage der Heranziehung der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (handelt es sich doch bei dem Abkommen um einen völkerrechtlichen Vertrag) – vor dem Hintergrund des Inhalts und des Ziels und Zwecks des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage (in Bezug auf die erfassten Bereiche) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung der abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den *acquis communautaire* bzw. Teile desselben zurückgreifen, mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.³⁹

Spezifisch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist, bestimmt Art. 16 Abs. 2 FZA, dass die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen ist, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Was die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens betrifft, so kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen, eine Bestimmung, die bislang noch nicht zur Anwendung gekommen ist. Allerdings sprechen auch ganz allgemein gute Gründe (insbesondere die Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sicherzustellen) dafür, die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH grundsätzlich auch bei der

³⁸ Vgl. zur Auslegung solcher Abkommen EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291, wo der EuGH allgemein formuliert, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des Vertrages, wobei der EuGH insbesondere auf die übereinstimmenden Zielsetzungen abstellt. Allgemein sehr instruktiv zur Auslegung von Abkommen der EG mit Drittstaaten, die Teile des *acquis communautaire* aufgreifen, Eckart Klein, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“, 2006, S. 1 ff.

³⁹ Vgl. ausführlich hierzu Astrid Epiney/Robert Mosters, Un exemple d’interprétation des accords conclus entre la Suisse et l’Union européenne: l’accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, S. 57 ff.; Astrid Epiney, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1 ff.

Auslegung des Abkommens – immer soweit dieses auf entsprechende Begriffe des Gemeinschaftsrechts zurückgreift – zu berücksichtigen und zu beachten.⁴⁰

Auch das schweizerische Bundesgericht – der EuGH hatte sich noch nicht zur Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens zu äußern – geht davon aus, dass die neuere Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sein kann, wobei jedoch die genaue dogmatische Grundlegung und damit auch die genauen Voraussetzungen dieser Berücksichtigung etwas im Unklaren bleiben. Vielmehr zeichnet sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts durch eine sehr pragmatische Herangehensweise aus, so dass gewisse Aspekte der neueren Rechtsprechung übernommen werden, gewisse andere Aspekte jedoch nicht, ohne dass die diesbezüglichen Gründe immer klar werden.⁴¹

Art. 3 Anhang I FZA nimmt Art. 10 VO 1612/68 – der zwar inzwischen durch die RL 2004/38 aufgehoben wurde, auf den sich aber noch das Urteil *Akrich* bezogen hatte – auf, so dass hier jedenfalls ein Rückgriff auf einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff vorliegt. Obwohl das Urteil *Akrich* nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassen wurde, „übernahm“ das Bundesgericht in Bezug auf einen parallel gelagerten Fall den Ansatz des EuGH im Ergebnis vollumfänglich mit dem Hinweis darauf, dass keine stichhaltigen Gründe ersichtlich seien, diese Bestimmung des Freizügigkeitsabkommens in einem anderen Sinn anzuwenden.⁴² In einem späteren Urteil⁴³ setzte sich das Bundesgericht dann mit der Frage auseinander, ob und inwieweit die Weiterentwicklung der EuGH-Rechtsprechung im Urteil *Jia* auch für die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens von Bedeutung ist. Dabei ging es im Ausgangsfall um einen libyschen Staatsangehörigen, dem bereits 1997 der vorläufige Aufenthalt in der Schweiz erlaubt worden war, der in der Folge aber mehrfach strafrechtlich verurteilt worden war; er stellte gestützt auf den Familiennachzug, weil er im Jahr 2005 eine portugiesische Staatsangehörige mit einer Niederlassungsbewilligung für die Schweiz geheiratet hatte, ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Das Bundesgericht verneinte hier zunächst den rechtmäßigen Aufenthalt des Libyers, da er zwar in der Schweiz wohnhaft war, jedoch aufgrund seiner Straftaten rechtskräftig ausgewiesen worden war. Anschließend referiert das Bundesgericht die Urteile *Akrich* und *Jia* des EuGH und kommt zum (vorläufigen) Schluss, dass im Ausgangssachverhalt die Anwendung der Regeln über den Familiennachzug wohl nicht in Betracht komme, dies auch in Anbetracht der

⁴⁰ Vgl. mit ausführlicher Begründung die Nachweise in Fn. 39.

⁴¹ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BG, 2A247/2006, Urt. v. 3.8.2006; BG, 2A.39/2006, Urt. v. 31.5.2006; BG, 2A.315/2005, Urt. v. 18.10.2005; BG, 2A.475/2004, Urt. v. 25.5.2005; BG, 2A.89/2006, Urt. v. 5.5.2006; BG, 2A.131/2005, Urt. v. 14.9.2005. Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, S. 141 ff.; *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, S. 227 ff.

⁴² BGE 130 II 1. Zu diesem Urteil im Einzelnen *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, S. 85 (105 f.).

⁴³ BG, 2C_42/2007, Urt. V. 30.11.2007, BGE 134 II 10.

Rechtsprechung in der Rs. C-1/05, da jedenfalls ein unrechtmäßiger Aufenthalt vorliege. Dabei hält das Gericht aber auch fest, dass die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich sehr schwierig auszulegen sei, eine Feststellung, der man kaum widersprechen kann. Aber auch unabhängig von diesen Auslegungsproblemen gehe es hier um nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung, die für das Bundesgericht nicht verbindlich sei. Des Weiteren fügt das Bundesgericht in seiner Begründung an, dass, würde es seine Rechtsprechung des BGE 130 II 1 ändern, Schweizer Bürgerinnen und Bürger, die unter das seit dem 1. Januar 2008 in Kraft getretene Ausländergesetz⁴⁴ fallen, gegenüber den Unionsbürgern wiederum schlechter behandelt würden, was der Gesetzgeber mit der im Ausländergesetz vorgenommenen Änderung der Familiennachzugsregelung für Schweizerinnen und Schweizer gerade beseitigen wollte.

Angesichts dieser Entwicklungen wirft das Urteil des EuGH in der Rs. *Metock* die Frage auf, ob diese „Rechtsprechungswende“ nunmehr auch in der Schweiz in Bezug auf die Auslegung von Art. 3 Anhang I FZA „nachvollzogen“ werden würde oder gar müsste. Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis sich auch in Bezug auf die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens dem Bundesgericht (wieder) eine entsprechende Frage stellt. Im Ergebnis sprechen – wie bemerkt, ohne dass diese insgesamt jedoch komplexe Problematik hier vertieft werden kann⁴⁵ – die besseren Gründe für eine grundsätzliche Maßgeblichkeit auch der neueren Rechtsprechung des EuGH, soweit es um Begriffe geht, die aus dem Gemeinschaftsrecht in das Abkommen Eingang gefunden haben. Diese Voraussetzung dürfte in Bezug auf Frage der Anwendbarkeit der Familiennachzugsregelungen zu bejahen sein: Zwar bezieht sich das Urteil *Metock* auf die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38), und die Unionsbürgerschaft hat als solche keinen Eingang in das Abkommen gefunden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Abkommen (teilweise und jedenfalls in Bezug auf gewisse Familienangehörige) Aufenthaltsrechte verankert, die vom Ansatz her parallel zu den entsprechenden Freizügigkeitsrechten von Unionsbürgern ausgestaltet sind; dann stehen aber jedenfalls die Tragweite und Effektivität der entsprechenden Freizügigkeitsrechte – im Gemeinschaftsrecht und im Abkommen – zur Debatte, so dass die diesbezüglichen Aussagen des Gerichtshofs durchaus auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden können. Denn unabhängig von der genauen Rechtsgrundlage der Freizügigkeitsrechte stellt sich die Frage nach ihrer inhaltlichen Tragweite und Effektivität – so ein Freizügigkeitsrecht einmal gewährt ist – im Gemeinschaftsrecht und im Personenfreizügigkeitsabkommen grundsätzlich parallel. Gleiches gilt für die Erwägungen in Bezug auf Art. 8 EMRK. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch der Wortlaut von Art. 10 VO 1612/68 nicht erkennen lässt, dass seine Anwendung von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt der Familienangehörigen im Unionsgebiet

⁴⁴ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20.

⁴⁵ Vgl. insoweit die Nachweise in Fn. 39.

abhängt. Insofern sollte also nach der hier vertretenen Ansicht in der Schweiz in Bezug auf die Auslegung des Art. 3 Anhang I FZA das Urteil *Metock* beachtet und „nachvollzogen“ werden, was eine Rechtsprechungsänderung implizierte.

Es ist jedoch fraglich, ob sich das Bundesgericht dieser Ansicht anschließt: Denn das Bundesgericht geht – wie erwähnt – weniger von einem Grundsatz der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH auch für nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Urteile, denn von einem pragmatischen Ansatz aus, wonach von Fall zu Fall entschieden wird, ob ein Urteil oder ein Aspekt eines Urteils übernommen wird oder nicht, ohne dass letztlich klar wird, warum jeweils eine Ausrichtung an der Rechtsprechung des EuGH erfolgt oder nicht.⁴⁶ Da das Bundesgericht bereits ausdrücklich betonte, dass es an der Ausrichtung seiner Rechtsprechung am Urteil *Akrich* festzuhalten gedenke,⁴⁷ wäre es überraschend, wenn es nunmehr im Zuge des Urteils *Metock* – das sich zudem auf die RL 2004/38, die keinen Eingang in das Freizügigkeitsabkommen gefunden hat, bezieht – seine Rechtsprechung wieder modifizierte. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht regelmäßig betont, das Freizügigkeitsabkommen übernehme nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft, woraus offenbar abgeleitet wird, dass die Rechtsprechung des EuGH, die sich auf diese bezieht, im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens nicht relevant sei.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme nahe, dass das Bundesgericht die auf die Unionsbürgerrichtlinie gestützte Rechtsprechung *Metock* eher nicht bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens berücksichtigen wird.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass die besseren Gründe für eine Übernahme der Rechtsprechung des EuGH (auch) in der Rechtssache *Metock* sprechen. Neben den bereits angeführten Erwägungen erscheint insbesondere die „Zurückhaltung“ des Bundesgerichts in Bezug auf Urteile, die die Unionsbürgerschaft betreffen, sehr fragwürdig. Denn zwar übernimmt das Abkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft nicht. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bestimmte den Unionsbürgern zustehende Rechte – nämlich die Freizügigkeitsrechte – auf die Beziehungen zur Schweiz bzw. Schweizer Bürger ausgedehnt werden. Insofern dürften also „Teilgehalte“ der Unionsbürgerschaft durchaus Eingang in das Abkommen gefunden haben. Ganz allgemein zeigt gerade die Frage nach der (Nicht-) Übernahme des Urteils *Metock* auf, wie problematisch die pragmatische Haltung des Bundesgerichts in Bezug auf die Maßgeblichkeit der neueren EuGH-Rechtsprechung letztlich ist: Sie führt nämlich – abgesehen davon, dass sie schon (wie erwähnt) aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu überzeugen vermag – zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, wird doch regelmäßig umstritten sein, ob eine neuere Rechtsprechung nun heranzuziehen ist oder nicht, so dass nur eine gerichtliche Auseinandersetzung Klarheit zu schaffen vermag.

⁴⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 41.

⁴⁷ Vgl. BG, 2C_42/2007, Urt. V. 30.11.2007, BGE 134 II 10.

⁴⁸ Vgl. etwa die Ausführungen in BGE 130 III 113; BG, 2A.379/2003, Urt. v. 6.4.2004; BG, 2C_33/2007, Urt. v. 14.3.2008.

V. Zusammenfassende Schlussbemerkung

Im Ergebnis erfolgt im Urteil *Metock* des EuGH eine Absage an den „dienenden“ Charakter der Familiennachzugsregeln – die zumindest ursprünglich sicherlich zumindest in erster Linie darauf ausgerichtet waren, die Effektivität der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger sicherzustellen; die Nachzugsregeln werden als echte Rechte für die nachzugsberechtigten Personen, insbesondere Drittstaatsangehörige, ausgelegt und kommen unabhängig davon zum Zuge, ob ihre Anwendung die Freizügigkeit von Unionsbürgern erleichtert oder nicht. Insofern nähert sich der diesbezügliche Regelungsgehalt der RL 2004/38 denjenigen der RL 2003/86 (Familiennachzugsrichtlinie) und der RL 2003/109 (Daueraufenthaltsrichtlinie)⁴⁹ an. Im Sinne einer gewissen Kohärenz der Rechte der Familienangehörigen in den verschiedenen Sekundärrechtsakten und vor dem Hintergrund des jedenfalls zu beachtenden Art. 8 EMRK⁵⁰ ist diese Entwicklung insgesamt zu begrüßen: Denn auf diese Weise werden die Rechte der Familienangehörigen in allen Sekundärrechtsakten als eigenständige Rechte, die letztlich unabhängig von einer Rückwirkung auf die Effektivität der Freizügigkeit der Unionsbürger zur Anwendung kommen, ausgelegt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der EuGH (ohne dies, wie erwähnt, letztlich zu belegen) behauptet, es sei gleichwohl – auch im Falle eines erstmaligen Zugangs zum Unionsgebiet eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen – eine Verbindung zur effektiven Verwirklichung der Freizügigkeit gegeben. Im Ergebnis geht die Gemeinschaftsrechtsordnung damit über die Art. 8 EMRK zu entnehmenden Mindestvorgaben hinaus: Denn sie sieht – unter bestimmten Voraussetzungen – ein Recht auf Familienzusammenführung an einem bestimmten Ort vor, wobei die hier zu beachtenden Voraussetzungen im Wesentlichen – und insoweit über die Rechtsprechung des EGMR hinausgehend – an das Bestehen der Familienbande und (im Falle der RL 2004/38) an die Ausübung des Freizügigkeitsrechts durch den Zusammenführenden bzw. das Bestehen eines grenzüberschreitenden Bezugs anknüpfen (wobei allerdings Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vorbehalten sind).

Die Ausführungen haben aber auch deutlich gemacht, dass sich durch diese Präzisierung oder besser Modifikation der Rechtsprechung die Frage nach der Berechtigung des Erfordernisses des grenzüberschreitenden Bezugs für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und der Familiennachzugsregeln noch einmal in einem anderen Licht stellt, zumal die Anforderungen an das Vorliegen eines solchen Bezugs in der Rechtsprechung denkbar gering ausgestaltet sind.

⁴⁹ Fn. 22.

⁵⁰ Auch wenn Art. 8 EMRK nicht in jedem Fall ein Recht auf Familienzusammenführung in einem bestimmten Staat zu entnehmen ist. S. die Nachweise in Fn. 24.

Schließlich sei noch an die möglichen Auswirkungen des Urteils *Metock* auf Drittstaaten – insbesondere die Schweiz – erinnert, ist es doch in Erwägung zu ziehen, die in völkerrechtlichen Abkommen mit Drittstaaten niedergelegten Familiennachzugsregeln (die zumindest im Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz im Wesentlichen parallel zur Rechtslage in der Gemeinschaft ausgestaltet sind) in Anlehnung an die gemeinschaftliche Rechtslage auszulegen. Zwar gibt es hier bereits in der Schweiz nationale Rechtsprechung; der EuGH selbst musste sich jedoch noch nicht zu den bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz maßgeblichen Regeln befassen. Auf der Grundlage seiner sonstigen Rechtsprechung zur Auslegung von Bestimmungen völkerrechtlicher Abkommen, die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nachgebildet sind,⁵¹ ist jedoch davon auszugehen, dass er grundsätzlich von einer parallelen Auslegung der Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ausgehen wird. Dies implizierte dann wohl auch eine grundsätzliche „Übernahme“ der einschlägigen neueren Rechtsprechung des EuGH, wenn auch von diesem Grundsatz Ausnahmen möglich sein müssen, etwa falls eine bestimmte Rechtsprechungsentwicklung im Gegensatz zu Sinn und Zweck des Freizügigkeitsabkommens steht oder sich in keiner Weise auf die bisherige Rechtsprechung abstützen kann. Diese Voraussetzungen dürften jedoch in Bezug auf die Rechtsprechung *Metock* – wie der Überblick über die sonstige Rechtsprechung zeigen konnte – nicht gegeben sein, so dass Vieles auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht für eine Relevanz des Urteils *Metock* auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der Schweiz spricht.

⁵¹

Der Gerichtshof geht davon aus, dass in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen sind; sind die Zielsetzungen eines solchen Abkommens jedoch nicht auf eine derart parallele Rechtslage ausgerichtet, so kommt eine „automatische“ Übertragung der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nicht in Betracht. Vgl. die Anwendung dieser Kriterien in EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv Klein, in: Auslegung von Integrationsverträgen (Fn. 1), 1 (16 ff.). S. auch – spezifisch in Bezug auf die Frage nach der parallelen Auslegung bestimmter Artikel des Freihandelsabkommens der Schweiz mit der EG und den entsprechenden Bestimmungen des EG-Vertrages Astrid Epiney, Steuern, Europa und die Schweiz – Ausgewählte Aspekte der „Europakompatibilität“ kantonaler Steuerregime aus rechtlicher Sicht, in: Franz Jaeger (Hrsg.), Steuerwettbewerb: Die Schweiz im Visier der EU, 2008, S. 75 (79 ff.).